Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

X.

Gegen die herrſchende Lehre im Gebiete der eventuellen Eidesdelation.*)

Von

Herrn F. W. Buſch,
Vicepräſident des Appell.-Gerichts zu Eiſenach.

Nach dem ſächſiſchen Proceſſe iſt der eventuelle Gebrauch des Schiedseides nicht geſtattet, und das gilt noch heutzutage in allen Landen ſächſiſchen Rechts, mit Ausnahme des Großherzogthums Sachſen Weimar-Eiſenach. In dieſem iſt ſie durch das Geſetz vom 5. Juni 1849 für zuläſſig erklärt worden, welches ſo lautet:

§. 1. Der Eid darf neben andern Beweismitteln über die nämliche Thatſache für den Fall angetragen werden, daß durch die letzteren nicht einmal ſoviel dargethan würde, um auf einen nothwendigen Eid (Erfüllungs- oder Reinigungseid) erkennen zu können.

§. 2. Ueber die Annahme oder Zurückgabe eines ſolchen eventuell zugeſchobenen Eides hat der Gegner bei Vermeidung derſelben Rechtsnachtheile und in der nämlichen Friſt ſich zu erklären, wie über den unbedingt angetragenen Eid.

*) Vgl. Gönners Handb. des Prozeſſes Bd. II. Nr. L. Hurlebuſch Beitr. zur Civil- und Crim. Geſetzgeb. und Jurisprudenz, Helmſt. 1817. Heft II Abh. XII. Gensler im Archive Bd. I Nr. XII. Heiſe u. Cropp juriſt. Abhandl. Bd. I Nr. XV. Linde im Archiv Bd. VI Nr. IX. Bd. XIV. p. 432. Anſ. Debes Beitr. zur Lehre von dem Verhältniſſe des freiwill. gerichtl. Eides zu den nothwendigen Eiden. Würzb. 1835. Schmids Hdb. des gem. deutſchen Prozeſſes Bd. II. §. 125. S. 197. Bolziano in der Zeitſchr. für Civilr. u. Proceß. N. Folge Bd. VII. S. 276 und im Archive Bd. XXXIII. S. 43. Bayers Vortr. über den gem. ord. Proceß ed noviss. p. 978 ff. Meine Abhandlung in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. 1855. Nr. 9. Die Zuläſſigkeit der event. Eidesdelation für gewiſſe einzelne Fälle in Sachſen behandeln Kind in quaest. forens. Th. III. c. 68. Gottschalk sel. discept. Th. I. cap. 21. Vermehren in den juriſtiſchen Abhandlungen von ihm, Ortloff und Helmbach. 1855. Nr. 9.

Eine beſondere Gewiſſensvertretung iſt aber dabei nicht zuläſſig; es iſt vielmehr zu dieſem Zwecke der Gegenbeweis zu benutzen.

Dieſes iſt der ganze Inhalt des Geſetzes, und es läßt ſich nicht leugnen, daß durch daſſelbe manche Streitfragen des gemeinen Prozeſſes entſchieden ſind, aber auch ebenſowenig läßt ſich beſtreiten, daß man noch auf gar manche ſchwer zu löſende Zweifel bei deſſen Anwendung ſtößt. Und an Gelegenheit zu der letztern fehlt es den Gerichten des Großherzogthums nicht; denn es iſt mir, — Proceßarten ausgenommen, wo Eidesdelation überhaupt unſtatthaft iſt, — noch keine Klage und kein Beweis zu Geſicht gekommen, wo nicht über alle Punkte, die zunächſt durch andere Beweismittel bewieſen werden ſollen, eventuell der Eid deferirt worden wäre. Dieſes veranlaßte mich, Bemerkungen über den eventuellen Gebrauch des Schiedeseides in die Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt (1855. Nr. 9) einzuſenden; allein da dieſe nicht ſoweit verbreitet ſind, wie das Archiv für die civ. Praxis und da ich der Ueberzeugung bin, daß in den meiſten neuen Schriften, namentlich denen von Bolgiano und Bayer Anſichten aufgeſtellt worden ſind, die mit dem Weſen des eventuellen Schiedeseides in directem Widerſpruche ſtehen, ſo fühle ich mich gedrungen, dieſen ſo wichtigen, weil tagtäglich vorkommenden, Gegenſtand nochmals zur Sprache zu bringen.

Das Eingangserwähnte Geſetz habe ich um deswillen wörtlich eingeſchaltet, weil ſein Inhalt ein treuer Spiegel der Doctrin und Praxis, wie ſie ſich über die eventuelle Eidesdelation gemeinrechtlich gebildet hatte, iſt, einmal in der Richtung hin, daß ſie nur unter der Vorausſetzung für ſtatthaft erachtet wird[1]), daß nicht einmal ſoviel dargethan

1) Nach der bayeriſchen Proceßnovelle v. 1837. §. 41 u. 42 findet der eventuelle Eidesantrag nur in der Art ſtatt, daß von dem Eide dann Gebrauch zu machen ſei, wenn gar nichts bewieſen worden iſt. Mithin erklärt ihn das Geſetz für unſtatthaft, wenn Etwas bewieſen iſt, ſei es für, ſei es gegen den Producenten. Mir iſt daher unbegreiflich, wie die meiſten bayeriſchen Proceſſualiſten, — was ſie doch thun, — die eventuelle Eidesdelation überhaupt für zuläſſig erklären können, wenn die Bedingung ihrer Zuläſſigkeit, — Garnichtsbewieſenſein — fehlt. Indeſſen beſcheide ich mich, daß mir kein competentes Urtheil hierüber zuſteht, da ich die kön. bayer. Geſetzgebung zu wenig kenne.

wurde, um auf einen Notheid erkennen zu können, und dann in der weiteren Bestimmung, daß bei eventuell deferirtem Eide der directe Gegenbeweis als Gewissensvertretung angesehen werden soll.

Nicht allein nach Sächsischem (Churſächs. Proc.-Ordnung v. 1622. Tit. XVIII. §. 3) sondern auch nach dem gemeinen Proceßrechte stand von jeher bis auf den heutigen Tag der Grundsatz fest, daß der Schiedseid nicht mit andern Beweismitteln in Bezug auf dieselbe Thatsache cumulirt werden dürfe; man nannte dieses, obwohl unpassenderweise, eine gleichzeitige Cumulation; der Kern der Satzung ging und geht aber dahin, es solle nicht über einen Punkt ein deferirter Eid geschworen werden, über den schon andere Beweismittel sich positiv ausgesprochen haben, sei es für oder gegen den Producenten. Auf die Zeit der Zuschiebung des Eides kann es begreiflich nicht ankommen, da nicht die Zuschiebung, sondern der Spruch auf Ableistung des Schiedeseides, welche alsdann erfolgen muß, das gefährdende Moment ist, denn jener erfolgt erst nach erhobenen anderen Beweismitteln, also zu einer Zeit, wo man weiß, daß über dieselbe Thatsache schon andere Beweise vorliegen. In dem oben erwähnten allgemeinen Grundsatze wurzeln zwei andere ebenfalls unbestrittene Rechtssätze, daß nämlich bei dem directen Gegenbeweise, mag dieser durch Zeugen oder Urkunden geführt worden sein, und gegen den klaren Inhalt einer Urkunde Eidesdelation unzulässig ist.

Eine zweite allgemeine Bemerkung, die ich noch vorauszuschicken habe, ist die, daß die Wirkung der eventuellen Eidesdelation, d. h. das Erkenntniß des Richters auf den Schiedseid nach mißlungenem Beweise in der engsten und innigsten Verbindung mit dem Rückgriffe zur Ableistung des Schiedseides nach mißlungener Gewissensvertretung steht. Daß dieses der Fall ist, geht schon daraus hervor, daß der Gerichtsbrauch, wenn der Producent den Eid eventuell deferirt hat, den directen Gegenbeweis als materielle Gewissensvertretung betrachtet. Daraus folgt aber, daß alsdann die Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, die gemein- und bezüglich particularrechtlich von der Gewissensvertretung gelten.

Nach der Doctrin und Praxis läßt sich über die Voraus-

ſetzung und Wirkſamkeit der eventuellen Eidesdelation nur folgende Anſicht begründen und rechtfertigen.

Eine Häufung des Schiedseides mit andern Beweismitteln iſt nach gemeinem und ſächſiſchem Proceſſe verboten. Der Grund des Verbotes, — mögliche Verwickelungen, Widerſprüche und Colliſſionen zwiſchen dem zu Beſchwörenden und bereits Bewieſenen — fällt aber weg, wenn der Eid nur eventuell d. h. für den Fall (eventus) gebraucht wird, daß die über dieſelbe Thatſache benannten und gebrauchten Beweismittel kein poſitives Reſultat geben. Dieſes Nichtergeben eines poſitiven Reſultates iſt die Vorausſetzung der ſ. g. eventuellen Eidesdelation und daraus folgt, daß, wenn das Gegentheil des eventus eintritt (Vorhandenſein von Beweiſen über denſelben Punct) der eventuelle Eid ſeine Wirkſamkeit verlieren muß. Dieſes iſt der Fall

1) dann, wenn der Producent vollſtändig für ſich oder vollſtändig gegen ſich (d. h. das contrarium ſeines Beweisſatzes) bewieſen hat,
2) dann, wenn er unvollſtändig für ſich bewieſen hat, indem alsdann ein Notheid, suppletorium des Producenten oder purgatorium des Productes, eintritt,

endlich aber auch

3) dann, wenn der Probant blos unvollſtändig gegen ſich bewieſen hat, und zwar um deswillen, weil zur Zeit, wo die Eidesdelation wirkſam wird, nämlich nach erhobenen anderen Beweismitteln, ſchon poſitive Beweiſe über denſelben Punct vorliegen, über welchen der Eid deferirt iſt, ſo daß alſo der Richter, wenn er deſſen ungeachtet auf Ableiſtung des Eides erkennen wollte, die verbotene Cumulation ſelbſt vornehmen, d. h. anordnen würde,

es ſolle über eine Thatſache der Schiedseid geſchworen werden, über welchen ſchon andere conträre Beweiſe vorliegen.

Nachdem ich meine Anſicht in nuce gegeben habe, gehe ich auf das Material im Einzelnen ein.

§. 1.

Man darf den Satz:

die eventuelle Eidesdelation iſt nach gemeinem deutſchen Proceßrechte zuläſſig,

nicht in ſolcher Allgemeinheit und Unbedingtheit aufſtellen, wie es jetzt häufig geſchieht, ſondern man muß ihn auf die Grenzen zurückführen, die ihm auf dem Grunde des canoniſchen Rechtes Doctrin und Praxis von jeher angewieſen haben, und da lautet er ganz anders, nämlich ſo:

die eventuelle oder ſucceſſive Cumulation des Eides iſt nur dann zuläſſig, wenn nichts bewieſen iſt, alſo weder für noch gegen den Producenten ein unvollſtändiger Beweis vorliegt.

Denn in jenem Falle tritt ein richterlicher Eid ein, in dieſem Falle darf auf den Schiedseid nicht mehr recurirt werden, weil er mit einem andern Beweismittel zuſammentreffen und mithin eine verbotene Cumulation, ja ſogar, wenn er referirt iſt, eine Colliſion des Eides mit anderen Beweismitteln, eintreten würde. Dieſe verbotene Häufung iſt jedoch ſelbſtverſtändlich nur dann vorhanden, wenn der Producent durch ſeine eigenen Beweismittel gegen ſich bewieſen hat.

§. 2.

Die Zuläſſigkeit der eventuellen oder ſucceſſiven Eidesdelation war noch zu Anfange dieſes Jahrhunderts beſtritten, (vgl. Danz ordentl. Proceß §. 238 und die daſelbſt angeführten Rechtslehrer) indeſſen bezeugt doch ſchon Quiſtorp in den rechtlichen Bemerkungen Th. II. Bem. 13. unter Berufung auf Brunnemann, Boehmer, Struben und Koch, daß nach dem gemeinen Gerichtsbrauche in Deutſchland die Eideszuſchiebung dann noch ſtattfinde, wenn der mit andern Beweismitteln verſuchte Beweis fehlgeſchlagen ſei.

Aber blos für den Fall, wenn der Probant (Producent) nichts bewieſen hat, iſt die eventuelle Eidesdelation für zuläſſig erachtet worden. So ſprechen ſich die meiſten Rechtslehrer, ältere ſowohl, als neuere aus. Nur folgende will ich anführen;

Claproth im ordentl. Proceſſe VI. §. 290.

„Iſt aber offenbar nichts bewieſen."

Schmidt in den hinterlaſſenen Abhandlungen II, p. 92, §. 1 verb.:

„Wenn nichts bewieſen worden iſt."

Gönner im Handb. des Proceſſes II, p. 525:

„Wenn die gebrauchten Beweismittel die gewünſchte Wirkung nicht haben, wenn ſie gar nichts für und gegen den Producenten enthalten."

Glück im Comment. §. 795:

„Wenn der Beweis nicht einmal ſoviel ergeben hat, daß auf einen Ergänzungs- oder Reinigungseid zu erkennen iſt."

Gensler im Archiv I, §. 159:

„Mit der Erklärung: „man trage dem Gegner eventuell den Eid an," iſt zugleich die geſetzliche Bedingung ausgeſprochen: Dafern der vorgängige Beweis gar kein Reſultat haben ſollte." Dieſen Fall und nur dieſen ſoll der Beweisführer im Sinne haben, weil die eventuelle Eidesdelation nur für dieſen Fall gegeben iſt."

Wetzell, Syſtem des ordentlichen Civil-Proceſſes Abth. I, p. 176, 1:

„Die Eidesdelation kann in Verbindung mit andern Beweismitteln nur für den Fall, daß dieſe kein Reſultat ergeben ſollten, vorgenommen werden."

Dies folgt aus C. 2. X. de prob. cum tunc demum etc.

Bolgiano im Arch. Bd. XXXIII, S. 66:

„Mit der eventuellen Eideszuſchiebung iſt unter den Parteien ausgemacht: es ſolle nur dann zum Haupteid kommen, wenn der vorgängige Beweis gar kein Reſultat liefern würde."

Vermehren a. a. O. p. 289:

„Das Eigenthümliche der eventuellen Eidesde-

lation besteht darin, daß dieselbe für den Fall geschieht, daß der andere Beweis zu keinem Resultat führt und erkannt werden müßte, daß durch denselben nichts bewiesen sei."

Selbst Bayer a. a. O. p. 984, Not. 5 sagt da, wo er von dem Falle spricht, wo der Be- und Gegenbeweis gar kein positives Resultat geliefert hat:

„Denn das ist gerade der Fall, welchen der Producent bei der eventuellen Eideszuschiebung im Auge hatte."

Ganz verschieden von dem Falle aber, wo nichts bewiesen ist, ist der, wo der Producent, wenn auch nur unvollständig, gegen sich bewiesen hat.

Wer das nicht zugeben und in diesem Falle der sogenannten eventuellen Eidesdelation noch Wirksamkeit beilegen will, der stellt folgendes ganz neue Dogma auf:

„Eine gleichzeitige Cumulation des Schiedeseides mit einem Zeugen ist stets gestattet, weil dieser nie vollen Beweis liefern kann; überhaupt ist das Verbot der gleichzeitigen Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln nur eine Chimäre; denn wenn nur nicht ein voller Beweis des Gegentheils des Beweissatzes durch die Beweismittel des Producenten und Deferenten hervorgebracht ist, so kann er immer noch auf seinem Eidesantrage beharren; denn er hat ja demselben das Wörtchen „eventuell" beigefügt, und dieses wirkt gleich einem Zauberspruche dergestalt auf den Richter, daß dieser eine Cumulation des Schiedeseides mit dem Ergebnisse der andern Beweismittel des Producenten nun gar nicht bemerkt, sondern jenem noch Wirksamkeit beilegt."

Daß es so ist, und daß diese Lehre eine irrige ist, das werde ich weiter unten zu zeigen suchen.

§. 3.

Ehe ich jedoch hierzu schreite, muß ich nur mit wenigen Worten darauf aufmerksam machen, daß die Fälle, wo ein Producent gegen sich, d. h. das contrarium seines eigenen Beweissatzes beweiset, zu den selteneren gehören. Das gilt insbesondere,

wenn Zeugen als Beweismittel gebraucht ſind; denn ein Zeuge, der das nicht beſtätigt, zu deſſen Beſtätigung er angeführt wird, weiß in der Regel von der betreffenden Thatſache nichts, woraus dann folgt, daß er auch nicht wiſſen kann, daß ſie ſich nicht ereignet habe. Wenn z. E. Zeugen zum Beweiſe der Erſitzung einer Servitut angegeben ſind, um Beſitzhandlungen aus verſchiedenen Jahren nachzuweiſen, und ſie ſagen auch noch ſo beſtimmt aus, daß in den Jahren, über welche ſie deponiren ſollen, keine ſtattgefunden hätten, ſo iſt das nicht das contrarium des Beweisſatzes, ſondern es folgt aus ihrer Ausſage in der Regel blos ſoviel, daß ſie keine wahrgenommen hätten. Anders freilich, wenn darauf articulirt worden wäre, daß die Beſitzhandlungen die Zeugen ſelbſt vorgenommen hätten. Indeſſen kommen doch ſelbſtverſtändlich auch Fälle vor, wo *ein Zeuge des Producenten* das Gegentheil des Beweisſatzes ausſagt, wo alſo ein unvollſtändiger Beweis gegen den Producenten vorliegt, und für dieſen Fall beſtreite ich nun die Wirkſamkeit der eventuellen Eideszuſchiebung, ſondern halte die letztere für erloſchen.

§. 4.

Denn es ſind alle Proceßlehrer von den älteſten bis auf die neueſten Zeiten darin einverſtanden geweſen und es ſtehet durch Gerichtsbrauch unerſchütterlich feſt, daß eine gleichzeitige Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln über dieſelbe Thatſache unzuläſſig ſei, und wenn der Gerichtsbrauch, wie nicht zu zweifeln iſt, die eventuelle Eideszuſchiebung geſtattet hat, ſo liegt das Gewicht hierbei nicht darauf, daß die letztere nicht gleichzeitig mit dem Antritte des Beweiſes über denſelben Punkt durch andere Beweismittel geſchieht, ſondern darauf, daß ſie nur für einen Fall geſchieht, nämlich den, daß für oder gegen den Beweisſatz nicht ſchon andere Beweiſe zu der Zeit vorliegen, wo es ſich um die Frage handelt:

Ob auf den Schiedseid zu erkennen ſei? —

Man mag das Cap. II, X. de pro bat. auffaſſen, wie man will, *das liegt unfehlbar* darin, daß die Eidesdelation dann reprobirt wird, wenn über dieſelbe Thatſache ſchon andere Beweiſe vorliegen. Dieſe Beſtimmung hat ihren guten Grund, und insbeſondere

auch den, daß nicht beliebig Eide gegen Eide geſchworen werden. Aus derſelben iſt der weitere Rechtsſatz abgeleitet, daß gegen einen durch Zeugen geführten Beweis ein directer Gegenbeweis durch Eidesdelation unſtatthaft iſt, d. h. es ſoll einer Parthei nicht freiſtehen, über das Gegentheil davon, was ein Zeuge deponirt hat, noch den Eid zuzuſchieben; denn wäre das nicht der Kern der Beſtimmung, ſo wäre kein Grund da, dem Producten zu verbieten, über das von dem Producenten unvollſtändig bewieſene thema probandem ihm noch den Eid zu deferiren. Das Canoniſche Recht hat vor Allem die Heiligkeit des Eides, nicht andere Zweckmäßigkeitsrückſichten im Auge; es will ein für allemal verhüten und verbieten, daß der Schiedeseid mit dem Inhalte anderer Beweismittel in Colliſion trete, es ſtellt daher den Grundſatz auf: darüber, worüber ſchon andere Beweiſe erbracht ſind, fällt die Eidesdelation weg. Es geſtattet demgemäß, nur dann auf den Schiedeseid zurückzukommen, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur, und wenn auch das cap. 2 cit. zunächſt den Fall vor Augen hat, wo der Producent vollſtändig bewieſen hat, ſo ſpricht doch der Pabſt in den Worten:

> cum tum demum ad hujusmodi suffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur

ſich beſtimmt dahin aus, daß Eidesdelation dann unſtatthaft ſei, wenn über dieſelbe Thatſache ſchon andere Beweiſe vorliegen. Von demſelben Geſichtspunkte iſt auch die Doctrin und Praxis ausgegangen, indem ſie die gleichzeitige Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln für unzuläſſig erklärte.

Was ſie unter einer gleichzeitigen Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln verſtand, habe ich ſchon oben angedeutet und noch einmal wiederhole ich: Nicht die Form und Zeit der Delation kann das entſcheidende Moment ſein, ſondern der Richterſpruch iſt es, der nach erhobenem Beweiſe auf Ableiſtung des Schiedeseides erkennt; denn dadurch wird die eventuelle Eidesdelation in eine pura verwandelt.

Wir dürfen und müſſen daher nicht ſowohl nach der Form und Zeit der Eidesdelation, als danach fragen:

worin die weſentliche Vorausſetzung oder Be-

bingung der Wirkſamkeit der eventuellen Eides-zuſchiebung beſteht?

Und auf dieſe Frage müſſen wir nach dem cap. 2. X. de prob. ſowohl, als der Doctrin und Praxis antworten:

Darin, daß Beweiſe über die Thatſachen, über die der Eid gebraucht iſt, nicht vorliegen.

Nur unter dieſer Bedingung iſt die eventuelle Eidesdelation durch die Doctrin und Praxis eingeführt worden, nur unter dieſer Vorausſetzung konnte ſie eingeführt werden. Denn wenn der Producent durch ſeine principaliter gebrauchten Beweismittel das Gegentheil ſeines Beweisſatzes unvollſtändig bewieſen hat, und der Richter noch auf den Schiedseid erkennen wollte, ſo läge hierin eine verbotene Häufung deſſelben mit den andern Beweismitteln des Producenten. Hätte aber der Product einen Gegenbeweis angetreten und durch die von ihm producirten Beweismittel das Gegentheil des Beweisſatzes unvollſtändig dargethan, ſo würde man die eventuelle Eidesdelation des Producenten ebenfalls für unſtatthaft erachten müſſen, aber nicht wegen Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln, denn jene ſetzt einen und denſelben Beweisführer voraus, ſondern weil der Eid nicht gegen den Inhalt einer Urkunde und gegen einen Zeugenbeweis deferirt werden darf, ſei dieſer auch ein unvollſtändiger; der eventuelle Eid wäre aber dann gegen ein ſolchen unvollſtändigen Beweis gerichtet und ſonach ebenſo unzuläſſig, als die Eidesdelation des Producten gegen einen durch Zeugen oder Urkunden geführten directen Beweis. Es würde alſo auch in dem Falle, wo nicht die Beweismittel des Producenten, ſondern die des Producten das Gegentheil des Beweisſatzes unvollſtändig darthun, definitiv zu Gunſten des letztern zu erkennen ſein, wenn nicht für dieſen Fall der Grundſatz durch Gerichtsbrauch ſanctionirt wäre:

„daß der Gegenbeweis des Producten als Gewiſſensvertretung betrachtet werden ſolle."

Hier fällt, wie ſchon geſagt, der Geſichtspunkt einer verbotenen Cumulation gänzlich weg, und es treten nun die Grundſätze, die über die Gewiſſensvertretung gelten, bezüglich des vom Producenten dem Producten urſprünglich eventuell zugeſchobenen, nun aber für pure deferirt zu achtenden Eides ein.

Aber nur auf den Gebrauch des Schiedseides bezieht ſich das Verbot der Häufung des Eides mit andern Beweismitteln, nicht auf die Eide, die der Richter auferlegt, denn der Inhalt des Reinigungseides wird ſtets mit andern Beweismitteln collidiren, und der Richter muß ihn ſogar in geeigneten Fällen auferlegen.

Dieſes erhellet aus cap. ult. X. de jurejur.

> Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, et si nihil praestiterit, obtinere: praesumtione vero faciente pro illo, reo deferri potest, ad ostendendam suam innocentiam juramentum: nisi judex, inspectis personarum et causae circumstantiis, illud actori videat deferendum.

Daß unter dem „probatione defecerit“ der Fall mitbegriffen iſt, wenn der Kläger ſogar gegen ſich bewieſen hat, iſt nicht zu bezweifeln; für dieſen Fall iſt aber keineswegs Eidesdelation nachgelaſſen, ſondern geſagt: reus debet obtinere, d. h. der Beklagte muß entbunden werden. Einen Fall, wo unvollſtändig gegen den Kläger bewieſen iſt, hat der Pabſt überhaupt nicht im Auge, ſondern vielmehr einen ſolchen, wo der Kläger einen unvollſtändigen Beweis *für* ſich hat. Da konnte ihm denn gar nicht in den Sinn kommen, noch die Eidesdelation zu geſtatten; denn es war ja die Bedingung ihrer Zuläſſigkeit: daß andere Beweiſe fehlten, nicht vorhanden.

In der That würde der allgemein anerkannte Grundſatz: „Eine Cumulation des Schiedseides mit einem andern Beweismittel über dieſelbe Thatſache iſt unzuläſſig“, vollkommen illuſoriſch werden, wenn man die Eidesdelation dann noch zulaſſen wollte, wenn der Producent durch ſeine principalen Beweismittel *gegen ſich*, nur aber nicht voll, bewieſen hätte. Das hieße dann gerade ſoviel, als: Die Benennung eines einzigen Zeugen iſt dem Producenten neben der Eidesdelation über dieſelbe Thatſache geſtattet, denn ein Zeuge liefert niemals *vollen* Beweis, und *folglich* liegt keine Cumulation des Eides mit einem andern Beweismittel vor. Ich begreife in der That nicht, wie man zu dieſem Trugſchluſſe und überhaupt nur auf die Idee hat kommen können, daß, wenn nur das Wörtchen „eventuell“ bei dem

Eidesantrage ſtehe, von einer eigentlichen Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln nicht mehr die Rede ſein könne, denn man hat ganz überſehen, daß der eventuelle Eidesantrag dann ein unbedingter (gleichzeitiger) wird, wenn die Bedingung, die ihn ausſchließt, das Daſein anderer Beweiſe über dieſelbe Thatſache, exiſtirt. Man tröſtet ſich damit: der Deferent habe ja den Eid nur eventuell deferirt, man ſcheut ſich aber nicht dem Richter die Pflicht aufzuerlegen, um über einen und denſelben Punkt, über welchen ein Zeuge als Producenten ſchon das directe Gegentheil deſſen, was durch den Schiedseid bewieſen werden ſoll, ausgeſagt hat, noch auf den Eidesantrag, der durch den Richterſpruch nun erſt realiſirt wird, zu erkennen, und damit den Richter zum eigentlichen und wahren Sündenbock zu machen. Denn iſt es denn zu rechtfertigen, daß der Richter über das contrarium der Thatſache, welche ſchon durch einen Zeugen des Producenten bewieſen iſt, noch auf den Schiedseid erkennt? Iſt denn das keine gleichzeitige Cumulation, weil der Deferent früher das Wörtchen „eventuell" hingeſetzt hat, oder macht es einen Unterſchied, daß nicht der Deferent, ſondern der Richter durch ſeinen Spruch die Cumulation vornimmt? Darf Er ſich, nicht aber die Partei, über das Geſetz hinweg ſetzen? — In dem Falle, wo ein directer Gegenbeweis nicht angetreten iſt, entſteht aber noch die Frage: ob man dann überhaupt ſagen könne: Der Producent habe gegen ſich, oder ob man nur ſagen dürfe: er habe blos ſein thema probandum nicht erwieſen? Denn eine Benutzung der vom Producenten beigebrachten Beweiſe ſteht dem Producten zu ſeinen Gunſten nur dann zu, wenn er einen Gegenbeweis wirklich angetreten hat. Man könnte mir alſo einwenden, daß, wenn dieſes nicht geſchehen ſei, auch nicht angenommen werden dürfe: der Probant habe gegen ſich bewieſen, ſondern nur: er habe nichts bewieſen, ſo daß alſo die Bedingung der Wirkſamkeit der eventuellen Eidesdelation, — Nichtdaſein poſitiver Beweiſe für das Gegentheil — immer vorhanden ſei.

Hiergegen habe ich aber Folgendes zu bemerken:

Der obige Schluß beweiſet zuviel und darum nichts; denn allgemein nimmt man an: es komme nicht zum eventuellen Eide,

wenn der Probant, auch ohne daß ein Gegenbeweis angetreten iſt, das contrarium ſeines Beweisſatzes vollſtändig dargethan hat; man nimmt folglich an, daß er ſelbſt vollſtändig gegen ſich beweiſen könne. Gilt aber das Beweiſen gegen ſich ſelbſt beim vollſtändigen Beweiſe, ſo muß man es auch ſtatuiren beim unvollſtändigen; denn was in jenem Falle gilt, muß auch in dieſem gelten.

Ferner: Der Inhalt einer Zeugenausſage läßt ſich ſowenig trennen und blos ſtückweiſe auffaſſen, als der einer Urkunde, und man kann das Material derſelben, aus dem das contrarium des Beweisſatzes hervorgeht, weder ignoriren, noch ſo interpretiren, als enthielten jene Beweismittel über das thema probandum ſchlechterdings nichts.

Wenn man nun auch zugeben wollte, daß ſich im techniſchen Sinne des Wortes nicht ſagen ließe: der Producent habe gegen ſich bewieſen, ſo kann man doch ebenſowenig ſagen, daß der Fall vorliege, wo des Producenten Beweiſe über das thema probandum ſich poſitiv gar nicht ausſprächen; denn ſo ſoviel ſteht feſt, daß dann der Schiedseid mit dem materiellen, in ſich unzertrennbaren Inhalte der Ausſagen vereideter Zeugen oder anerkannter Urkunden in directem Widerſpruche ſteht, und das iſt ja eben eine gleichzeitige Cumulation, iſt gerade dasjenige, was verboten iſt, und worauf der Grund des Verbotes mit beruhet, daß nämlich zwiſchen dem durch Schiedseid feſtzuſtellenden Satze und dem Ergebniſſe anderer Beweismittel deſſelben Producenten nicht eine Colliſion eintrete.

Das Reſultat dieſer Unterſuchung iſt nun folgendes:

Der Gebrauch des eventuellen Schiedseides fällt weg:

1) wenn der Producent durch ſeine eigenen Beweismittel, ſei es auch unvollſtändig, gegen ſich bewieſen und
2) wenn er für ſich ſoviel erwieſen hat, daß ihm ein Erfüllungseid oder dem Producten ein Reinigungseid auferlegt werden kann.

§. 5.

Wenn aber der Producent nicht durch seine eigenen Beweismittel gegen sich bewiesen, sondern der Product einen Gegenbeweis angetreten und durch diesen den Gegensatz des thema probandum unvollständig bewiesen hat, so liegt eine Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln überall nicht vor, weil nicht dieselbe Partei verschiedene Beweismittel über dieselbe That gebrauchet, und es treten nun andere Grundsätze ein, von denen weiter unten die Rede sein wird. (§. 9.)

Hier scheint mir der geeignetste Ort, die Ansicht Bolgiano's zu widerlegen, die dahin geht:

> daß eine materielle Gewissensvertretung des Producten auch dann anzunehmen sei, wenn dieser nicht einmal einen directen Gegenbeweis angetreten habe.

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht dürfte sich aus Folgendem ergeben:

Wenn der Product gar keinen directen Gegenbeweis (und folglich auch keine Gewissensvertretung) angetreten, und der Producent gegen sich bewiesen hat, so wird und kann Niemand sagen daß dem Producten der von dem Producenten geführte und ihm mißlungene Beweis zur Gewissensvertretung diene, denn es bedarf in diesem Falle nicht eines Zurückkommens auf die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel, um deduciren zu können, daß der Beklagte zu entbinden sei; ja jenes ist sogar unzulässig, weil der Product gar keinen Gegenbeweis führen, sondern ruhig abwarten wollte, ob der Producent beweisen werde. Beweiset dieser nicht, so wird der Product dann zwar absolvirt, aber nicht deßhalb, weil die vom Producenten gebrauchten Beweismittel gemeinschaftliche geworden sind, — denn der Product hat ja dadurch, daß er einen Gegenbeweis nicht antrat, auf jedes ihm günstige Resultat ihres Inhaltes verzichtet — sondern weil sie für den Producenten nichts bewiesen haben. Ich muß daher der Behauptung Bolgiano's in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, N. F., Bd. VII, p. 301 in fine widersprechen, wenn er das. Lit. C sagt:

Iſt der Gegenbeweis gelungen, der Hauptbeweis mißlungen, ſo iſt für den Reprobanten (und Delaten) zu entſcheiden, weil nun eine materielle Gewiſſensvertretung in actis liegt, und zwar auch dann, wenn gar kein Gegenbeweis angetreten, die materielle Gewiſſensvertretung alſo durch den Probanbanten eingebracht wurde.

Bolgiano ſucht a. a. O., S. 303 ſeine Anſicht näher zu begründen; allein gewiß ohne Erfolg, man mag nun mit Heſſe im Archiv Bd. XXIII, No. 1 den Grundſatz: „die Beweismittel werden durch die Production gemeinſchaftlich" als einen ſelbſtſtändigen überhaupt beſtreiten, oder ihn mit Linde und den meiſten Proceſſualiſten als ſolchen anerkennen; denn Bolgiano geht jedenfalls zu weit, wenn er eine materielle Gewiſſensvertretung auch dann annimmt, wenn ein Gegenbeweis gar nicht angetreten iſt. Will man zu dieſem Reſultate kommen, ſo muß man ſo argumentiren: Die Beweismittel werden durch die Production gemeinſchaftlich; folglich muß, auch wenn der Beklagte einen directen Gegenbeweis überhaupt nicht angetreten hat, angenommen werden, er habe einen ſolchen angetreten, und da ein angetretener directer Gegenbeweis als materielle Gewiſſensvertretung zu betrachten iſt, ſo muß man eine ſolche auch dann annehmen, wenn ein directer Gegenbeweis nicht angetreten iſt. In ſolchem Umfange iſt das Axiom von der Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel nicht aufzufaſſen, und ich muß mich der von den meiſten Proceſſualiſten (vgl. Linde in der Zeitſchr. Bd. VI, S. 402, und Schmid's Hdb. des Proc. II, §. 127) vertheidigten Anſicht anſchließen, daß man ſich der vom Gegner producirten Beweismittel nur dann bedienen dürfe, wenn man ſich in der Lage erhalten hat, wirkſam Beweismittel zu benutzen, daß man alſo nicht durch Verzicht oder Verſäumniß das Recht überhaupt, noch Beweis zu führen, verloren hat. Die entgegengeſetzte Anſicht verſtößt wider die Verhandlungsmaxime. Die Frage iſt aber von großem practiſchen Intereſſe; denn nimmt man, bei nicht einmal angetretenem Gegenbeweiſe, eine materielle Gewiſſensvertretung an, ſo kömmt man bei eventuell angetragenem Eide zu einem ganz andern Reſultate. (S. §. 9). Aber noch einmal

wiederhole ich: Die eventuelle Eidesdelation ist in dem Falle, wo die Beweismittel des Producenten das Gegentheil seines Beweissatzes unvollständig darthun, nicht deßhalb unstatthaft, weil ein unvollständiger directer Gegenbeweis gegen ihn vorliegt, sondern weil eine unzuläßige Cumulation des Eides mit dem positiven Ergebnisse anderer Beweismittel eintreten würde. „Diese nützen aber dem Producten nicht als eigentliche Gegenbeweismittel, sondern lediglich deshalb, weil der Richter den Werth jedes Beweismittels im Ganzen zu prüfen hat, (Hesse a. a. O. I, pag. 7) und dabei zur Ueberzeugung kommen muß, daß eine unzuläßige Cumulation vorliege.

Derselben Ansicht, wie Bolgiano scheint Bayer in der neuesten Ausgabe seiner Vorträge über den Proceß pag. 982, IV. zu sein, da er zwischen den Fällen, wo bei eventuell deferirtem Eide ein Gegenbeweis angetreten, und solchen, wo dieses nicht geschehen ist, nicht unterscheidet.

Diese Ansicht stellt sich aber von zwei verschiedenen Standpunkten aus als unrichtig dar, einmal nämlich schon aus dem oben hervorgehobenen, weil der Gedanke an eine Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel in dem Falle, wo der Gegner des Producenten eine Beweisführung überhaupt nicht unternommen hat, in der Richtung hin, um für den Producten einen Gegenbeweis abzuleiten, juristisch undenkbar ist; und dann auch nach dem Grundsatze, daß nach der Verhandlungsmaxime einer Partei eine Gewissensvertretung, bezüglich ein Gegenbeweis niemals aufgenöthigt werden kann.

Bei der Gewissensvertretung stehen wir zwar wieder auf einem Gebiete, in welchem es, die Particulargesetzgebungen ausgenommen, an gesetzlichen Bestimmungen gänzlich mangelt, aber gleichwohl sind doch alle Processualisten und Bayer selbst darin einverstanden, daß der, welcher von ihr Gebrauch machen wolle, dieses erklären müsse; denn, — sagt Bayer a. a. O., §. 268 — man versteht unter ihr die Erklärung des Delaten, den zu beschwörenden Satz durch andere Beweismittel darthun zu wollen. Also der Product — der sich weder zur Gewissensvertretung erklärt, noch auch einen directen Gegenbeweis antritt, kann nicht so angesehen werden, als habe er das Eine oder das

Andere gethan; denn das wäre eine Fiction, für die es an jedem Grunde fehlte.

Soviel ſteht alſo feſt: Hat der Product einen Gegenbeweis nicht angetreten, ſo kann von einer ſogenannten materiellen Gewiſſensvertretung nicht die Rede ſein.

§. 6.

Aber auch wenn der Product einen Gegenbeweis angetreten hat, ändert ſich an dem Satze nichts:

daß, wenn der Producent durch ſeine Beweismittel gegen ſich bewieſen hat, die eventuelle Eidesdelation nicht mehr zu berückſichtigen iſt.

Dieſe meine Behauptung wird am Meiſten befremden, daher ich ſie beſonders zu begründen habe.

Bei einem blos eventuell deferirten Eide kann primo loco von einer Gewiſſensvertretung gar nicht die Rede ſein, ſondern zunächſt ſind beide Beweiſe (Haupt- und Gegenbeweis) zu prüfen, und es iſt zu unterſuchen:

was durch beide Beweisführungen bewieſen iſt.

Hierbei, d. h. in Bezug auf den principalen Be- und Gegenbeweis treten die Grundſätze über die Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel in ihrem vollen Umfange ein, und das, was der eine Theil, durch ſeine Beweismittel gegen ſich bewieſen hat, wird ſo angeſehen, als habe es der andere zu ſeinen Gunſten bewieſen. Alsdann zieht der Richter das facit, d. h. er unterſucht: welches Reſultat beide Beweiſe für den einen oder andern Theil ergeben haben, und da kann ſich finden, daß der Producent vollſtändig gegen ſich bewieſen, und umgekehrt, daß der Product ſeinen Gegenbeweis gänzlich verfehlt und das, was ſeinem Gegner zu beweiſen oblag, voll bewieſen habe.

In beiden Fällen kömmt es gar nicht zur Beantwortung der Frage: Was es nun mit dem eventuell deferirten Eide werden ſolle, ſondern es wird ſofort definitiv erkannt.

Jene Frage entſteht auch dann nicht, wenn unvollſtändig für den Producenten bewieſen iſt, gleichviel ob durch ſeine oder des Producten Beweismittel; wohl aber entſteht ſie dann, wenn gegen den Producenten unvollſtändig bewieſen iſt, und da hat denn der

Richter, ehe er ſich mit der Unterſuchung beſchäftigt: in wieweit dem Producten eine Gewiſſensvertretung gelungen ſei, die Vorfrage zu beantworten:

> ob überhaupt die Eidesdelation in dem gegebenen Falle zuläſſig ſei, oder nicht?

Denn wenn und wo die Eideszuſchiebung unzuläſſig iſt, da bedarf es einer Gewiſſensvertretung nicht, ja es iſt eine ſolche juridiſch undenkbar, da der Delat zu ſchwören gar nicht ſchuldig iſt. (Bayer a. a. O. p. 976, I.) Bei der Beantwortung jener Frage hat der Richter natürlich ſein Augenmerk auch darauf zu richten, ob der eventuelle Eidesantrag nach dem Ergebniſſe der primären Beweismittel überhaupt noch ſtatthaft erſcheint.

Findet er nun, daß der Probant durch ſeine Beweismittel unvollſtändig gegen ſich bewieſen hat, ſo würde eine verbotene Cumulation des Schiedeseides mit den eignen Beweismitteln des Producenten verwirklicht werden, wenn nun noch auf den Eid erkannt würde; die eventuelle Eidesdelation ſtellt ſich daher als unſtatthaft dar.

Daran ändert auch der Grundſatz nichts, daß die Beweismittel mit der Production gemeinſchaftlich werden; denn

1) dadurch, daß des Producenten Beweismittel gemeinſchaftlich werden und der Product ſie nun auch zu ſeinen Gunſten benutzen kann, folgt nicht, daß er dieſes auch müſſe, und ebenſowenig, daß durch den Eintritt dieſer Gemeinſchaftlichkeit das Verbot der Cumulation des Schiedeseides mit andern Beweismitteln beſeitigt werde. Dieſes würde nur dann anzunehmen ſein, wenn die Beweismittel durch die Production aufhörten, Beweismittel des Producenten zu ſein. Dieſes iſt aber nicht der Fall, und ſonach beſteht jenes Verbot, nach wie vor, fort, und der Product kann in dieſem Falle, obgleich ſein Gegenbeweis eventuell als Gewiſſensvertretung gilt, einwenden: Da der eventuelle Eidesantrag nach dem Ergebniſſe der andern Beweismittel des Producenten in eine verbotene Cumulation ſich auflöſt, ſo bedarf es einer Gewiſſensvertretung überhaupt nicht und ich laſſe mir Etwas, was zu meinem Vortheile

gereichen ſoll, in der That aber zu meinem Nachtheile gereicht, nicht aufbringen. Ich danke verbindlichſt dafür, daß mir ein unvollſtändiger Beweis, den der Producent gegen ſich erbracht hat, auf meinen Gegenbeweis, den ich nicht geliefert habe, zu Gute gerechnet und dadurch eine Gewiſſensvertretung herauscalculirt werden ſoll; ich bitte vielmehr, doch erſt einmal zu prüfen: ob von einer Gewiſſensvertretung bei einer unſtatthaften Eideszuſchiebung überhaupt die Rede ſein kann; denn das iſt die Vorfrage und dieſe muß nach den Geſetzen verneint werden.

Es kann aber auch

2) da nun die Sache in das Stadium getreten iſt, wo man den Gegenbeweis als Gewiſſensvertretung auffaſſen muß, von einer Gemeinſchaftlichkeit der primären Beweismittel des Producenten nicht mehr die Rede ſein, da nicht dieſer, ſondern der Product den Beweis zu führen hat, durch den der Schiedeseid überflüſſig gemacht werden ſoll. Denn der primäre Beweis des Producenten ließe ſich nur als ein anticipirter Gegenbeweis gegen die Gewiſſensvertretung des Producten betrachten und ein Gegenbeweis gegen die Gewiſſensvertretung iſt nach den Anſichten vieler Proceſſualiſten, jedenfalls aber in den Landen ſächſiſchen Rechts,

(A. P. Ordnung v. 1622, §. 2)

unſtatthaft.

Allerdings gilt nach dem Gerichtsgebrauche und Landesgeſetzen ein bei eventuell gebrauchtem Schiedeseide angetretener directer Gegenbeweis als Gewiſſensvertretung; davon aber, daß der unvollſtändige Beweis, den bei der principalen Beweisführung der Producent gegen ſich erbracht, dem Producten auf ſeine in dem Gegenbeweiſe blos eventuell enthaltene Gewiſſensvertretung auch wider ſeinen Willen aufgerechnet werden ſolle, ſteht nichts geſchrieben, ſondern die Gewiſſensvertretung muß lediglich auf das beſchränkt werden, was der Produkt durch ſeine Gegenbeweismittel erbracht hat; ſonſt verwechſelt und vermiſcht man Gegenbeweis mit Gewiſſensvertretung und ſtatuirt dieſe auch da, wo der Eidesantrag verwerflich iſt.

Angenommen alſo, der Producent habe durch einen Zeugen gegen ſich und der Product durch einen von ihm producirten claſſiſchen Zeugen für ſich bewieſen, ſo tritt in Folge der Gemeinſchaftlichkeit der beiderſeitigen Beweismittel ein voller Beweis für den Producten hervor und von einer Gewiſſensvertretung iſt überall nicht die Rede.

(Bayer p. 900. 3)

Hat dagegen der Producent durch ſeine primären Beweismittel unvollſtändig gegen ſich und der Product in ſeinem Gegenbeweiſe nichts bewieſen, ſo handelt es ſich erſt um die Zuläſſigkeit der Eidesdelation, ehe man das Daſein einer Gewiſſensvertretung annehmen kann, denn dieſes iſt bedingt von der rechtlichen Zuläſſigkeit jener.

Gensler a. a. O., p. 159 ſagt: „Die eventuelle Eidesdelation verdiene keine Begünſtigung", und im Herzogthum Braunſchweig, wo ſie früher zuläſſig war, iſt ſie durch die Civilproceßordnung vom 19. März 1850 §. 88 aufgehoben worden. Andere ſind wieder entgegengeſetzter Anſicht; aber welcher von beiden Meinungen man ſich auch anſchließen mag, ſo muß man doch jedenfalls zugeben, daß es völlig ungerechtfertiget iſt, dem Probanten zu geſtatten, daß er auch in dem Falle, wo ſeine eigenen Beweiſe gegen ihn ausgefallen ſind, noch verlangen könne, daß der Richter auf den von ihm deferirten Eid erkenne, weil er der Delationsformel das Wörtchen „eventuell" beigefügt hatte. — Wie verſchieden ſind doch die Anſichten der Menſchen! Während früher Viele der Meinung waren, daß die Eidesdelation nur dann zuläſſig ſei, wenn der Deferent ſeine Behauptung ſchon einigermaßen wahrſcheinlich gemacht habe, will man jene heutzutage ſogar dann zulaſſen, wenn der Deferent ſelbſt die Unwahrheit derſelben bereits unvollſtändig bewieſen und ſonach wahrſcheinlich gemacht hat, daß er mit Gefährde umgehe und ſonach den Gefährdeeid nicht mit gutem Gewiſſen ablegen könne.

§. 7.

Nach dieſen allgemeinern Erörterungen gehe ich in das Einzelne ein und lege Bayers Vorträge p. 981 wörtlich zu Grunde:

I. Iſt der principale Beweis — es ſei nun ohne Gegenbeweis, oder ungeachtet deſſelben vollſtändig zu Gunſten des Probanten ausgefallen, ſo findet gar kein Rückgriff auf den Eid mehr Statt, der Delat möge nun dieſen eventuell acceptirt oder referirt haben, weil der eventus nicht eingetreten iſt, für welchen allein der Eid deferirt wurde. In dieſem Falle iſt daher ſofort definitiv für den Beweisführer zu erkennen.

Ebenſowenig kommt es

II. zu einer wirklichen Benützung des Eides, wenn umgekehrt der Principalbeweis vollſtändig zu Gunſten des Producten ausgefallen iſt, d. h. wenn entweder durch den Gegenbeweis, oder vielleicht durch den Hauptbeweis ſelbſt gerade das Gegentheil von Dem zur juriſtiſchen Gewißheit gebracht wurde, was der Producent hätte beweiſen ſollen. — Denn hatte in dieſem der Product den Haupteid eventuell acceptirt, ſo braucht er doch nicht mehr zu ſchwören, weil der zu beſchwörende Satz ohnehin ſchon erwieſen vorliegt, die eidliche Bekräftigung einer ohnehin ſchon erwieſenen Behauptung aber überflüſſig iſt. — C. 2. X. 2. 19. — Hatte aber der Product den Eid referirt, ſo kann es ebenſowenig zur wirklichen Ableiſtung deſſelben kommen, weil auch die Relation nur eventuell, d. h. nur auf den Fall geſchehen iſt, wenn der zu beſchwörende Satz nicht ſchon durch den principalen Beweis dargethan werden ſollte. In dieſem Falle (II) iſt daher auch ſofort definitiv zu erkennen; jedoch nicht zu Gunſten des Beweisführers, ſondern ſeines Gegners.

III. Wenn der Principalbeweis unvollſtändig geliefert wurde, aber zum Vortheile des Probanten, ſo kommt es zunächſt darauf an, ob mehr oder weniger als halb*) bewieſen wurde. In dem erſten Falle iſt dem Beweisführer der Erfüllungseid aufzulegen, und zwar ohne Unterſchied, ob der Product den eventuell zugeſchobenen Eid acceptirt oder referirt hatte. Denn hatte er ihn referirt, ſo würde

*) Die Frage: Wenn auf einen Erfüllungs- und wenn auf einen Reinigungseid zu erkennen ſei, bleibt hier natürlich unerörtert.

der Probant ohnehin zum Schwur kommen und der Inhalt dieses Schwures würde mit dem Inhalte des Erfüllungseides vollkommen übereinstimmen. Hatte aber der Product den Haupteid acceptirt, so kann er doch nicht verlangen, daß nun er mit Hintansetzung des Erfüllungseides zur Leistung des acceptirten Haupteides zugelassen werde, weil nicht anzunehmen ist, daß der Beweisführer die Entscheidung der Sache auch für den Fall von dem Eide seines Gegners abhängig machen wollte, in welchem er selbst einen gesetzlichen Anspruch darauf haben würde, die Entscheidung durch einen eigenen Eid herbeizuführen. — Bei weniger als halbem Beweise ist aber der Product zum Reinigungseide zuzulassen. Hatte jedoch der Product den Haupteid eventuell referirt, so kann der Producent durch Verzichtleistung auf den weniger als halben Beweis die Zulassung zum zurückgeschobenen Eide bewirken.

Mit diesem III. Punkte kann ich mich nicht durchgängig einverstanden erklären.

Zwar stimme ich darin Bayer bei, daß wenn der Producent bis zu einem ihm zuzuerkennenden Erfüllungseide bewiesen hat, von dem eventuellen Eide durchaus abgesehen werden muß, aber der Grund hiervon liegt lediglich in der Natur der eventuellen Eidesdelation, nämlich darin, daß dieselbe nach der Intention des Deferenten nur dann Wirksamkeit äußern soll, wenn alle Beweise für ihn fehlen, also erst dann, wenn auch nicht einmal auf einen Notheid zu erkennen ist, sei dieser nun ein suppletorium oder purgatorium.

Auch darin bin ich mit Bayer einverstanden, daß bei weniger als halbem Beweise der Product zum Reinigungseide zu lassen ist, und so hat die Praxis, gestützt auf cap. ult. X. de jurejur., die Sache auch immer angesehen.

Erst in neuerer Zeit haben mehrere Processualisten, namentlich Bolgiano und Bayer in dem zuletzt gedachten Falle, wenn der Delat den Haupteid eventuell referirt hatte, eine andere Ansicht aufgestellt, nämlich die, daß (Bolgiano) doch wohl auf den Schiedseid recurrirt und

nicht auf das Purgatorium erkannt werden dürfe, denn durch die Relation des Eides habe der Product ganz unzweideutig zu erkennen gegeben, daß er nicht ſchwören könne, oder nicht wolle, und es würde ein Meineid zu befürchten ſein, wenn man ihm das purgatorium geben wolle. (Zeitſchr. f. Civilr. u. Pr. a. a. O., p. 328). Allein dieſe Gründe halten nicht Stich; denn die Relation iſt ja blos eventuell d. h. für den Fall erfolgt, wenn es auch nicht einmal zu einem Notheide kommen ſollte; ſie iſt daher, wenn dieſer Fall eintritt, für nicht geſchehen zu betrachten; die Furcht vor einem Meineide iſt ſchon an ſich mit nichts gerechtfertigt; denn gar Viele ſchwören nicht, obſchon ſie es mit gutem Gewiſſen könnten und Sache des Geſetzgebers, nicht des Richters würde es ſein, hier einzugreifen, um Meineide zu verhüten.

Bayer ſagt: „Hatte jedoch der Product den Haupteid eventuell referirt, ſo kann der Producent (und Deferent) durch Verzichtleiſtung auf den weniger als halben Beweis die Zulaſſung zum zurückgeſchobenen Eide bewirken."

Auch dieſer Anſicht ſteht von vornherein der oben erwähnte Grund, daß die Relation blos eventuell geſchehen ſei, entgegen; es löſet ſich aber überdies, wenn man genauer hinſieht, der angebliche Verzicht auf den weniger als halben Beweis in eine wahre und eigentliche Beraubung des Rechtes des Gegentheils auf den Reinigungseid auf; denn durch den ſcheinbaren Verzicht wird dem Producten das Recht entzogen, durch Ableiſtung des Purgatoriums ſeinen Proceß zu gewinnen.

Ich muß mich daher für die bisherige Doctrin erklären und

Gensler im Arch. Bd. I, p. 158

beitreten, wenn er ſagt:

„Allein wer andere Beweismittel, als den Schiedseid, zunächſt und vorgängig wählte, erklärt hierdurch ſtillſchweigend, daß er die Entſcheidung der Sache nach dem Reſultate dieſes vollkommenen oder unvollkommenen Beweiſes erwarte, und daß im letzten Falle der Richter beſtimmen

ſolle, welche Partei einen Ergänzungs- oder Auflöſungseid, d. h. Purgatorium, zu leiſten habe. — Mit der Erklärung: „man trage dem Gegner den Eid eventuell an", iſt zugleich die geſetzliche Bedingung ausgeſprochen: „daferne der vorgängige Beweis gar kein Reſultat haben ſollte;" dieſen Fall und nur dieſen ſoll der Beweisführer im Sinne haben, weil die eventuelle Eidesdelation nur für dieſen Fall gegeben iſt. Wenn er nun dann, wenn ſein vorgängiger Beweis als unvollkommen vorliegt, von jener eventuellen Eidesdelation Gebrauch machen will, ſo iſt dieſes ein anderer Eidesantrag, welcher eines Theils erſt nach abgefloſſenem Beweistermin geſchieht, und andern Theils der verbotenen gleichzeitigen Häufung angehört."

Mit dieſer Anſicht ſtimmen die meiſten Proceſſualiſten überein. S. die oben in §. 2 cit. und

Linde im Arch. VI, S. 200

Martin in den Vorleſ. §. 186—188, S. 219.

Die Frage: ob und auf welchen Notheid zu erkennen iſt? iſt ganz verſchieden von der Frage: ob auf den eventuell deferirten Eid erkannt werden kann: Beide ſchließen ſich einander aus und es hat nur Verwirrung herbeigeführt, daß man beide Inſtitute, das des Notheides und das des eventuellen Schiedeseides mit einander vermiſcht und ſogar verſucht hat, die Zuerkennung des suppletorii oder purgatorii damit zu rechtfertigen, daß die betreffende Partei den eventuell deferirten oder referirten Schiedeseid abzuſchwören gehabt haben würde, wenn es zu dieſem gekommen wäre, und hätte kommen können. Das ſind und bleiben bloße Zweckmäßigkeitsrückſichten, die der Geſetzgeber, wenn es ſich de lege ferenda handelt, nie aber der Richter zu beachten hat.

§. 8.

Bayer ſagt weiter:

IV. „Iſt der principale Beweis unvollſtändig, aber zum Vortheile des Producten ausgefallen, d. h. iſt durch den Gegenbeweis, oder vielleicht durch den Hauptbeweis*) ſelbſt

*) Hat der Probant durch ſeine eigenen Beweismittel un-

das directe Gegentheil von Dem, was der Probant beweiſen wollte, theilweiſe dargethan worden, ſo iſt auf folgende Art zu unterſcheiden:

1) Hat der Product mehr als halben Beweis für ſich, ſo iſt er zum Erfüllungseide zuzulaſſen.

Wenn er den freiwilligen Eid anfänglich eventuell acceptirt hatte, ſo iſt dieſer Satz ohnehin keinem Zweifel unterworfen, weil unter dieſer Vorausſetzung auch der Haupteid ihm zuſtehen würde, deſſen Inhalt mit dem Inhalte des Erfüllungseides vollkommen übereinſtimmend wäre. — Aber auch dann, wenn der Product den freiwilligen Eid eventuell referirt haben ſollte, ſcheint der Erfüllungseid den Vorzug vor dem juram. relatum zu verdienen. Denn wenn man jene Partei ſchwören läßt, welche mehr als halben Beweis für ſich hat, ſo iſt weniger ein falſcher Eid zu befürchten, als wenn man den Eid der Partei geſtattet, welche mehr als halben Beweis gegen ſich hat. Gegen die Einwendung, daß man den Referenten deßhalb nicht zum Erfüllungseide zulaſſen dürfe, weil er durch die Relation ſelbſt zu erkennen gegeben habe, daß er entweder nicht ſchwören wolle, oder nicht ſchwören könne, kann bemerkt werden, daß das Nichtſchwörenkönnen nicht nothwendig aus dem Acte der Relation folgt, das Nichtſchwörenwollen aber im Hinblicke auf die Eventualität der Erklärung auf den Fall zu beſchränken ſein dürfte, wenn der principale Beweis überhaupt zu keinem Reſultate führen ſollte.

A. M. Bolgiano Vgl. Darſtellung II, S. 214. No. 2.

Uebrigens ſcheint dem Producenten die Freiheit unter

---

vollſtändig gegen ſich bewieſen, ſo muß nach meiner Anſicht Entbindung des Beklagten eintreten; (S. oben §. 4) der eventuelle Eid iſt unwirkſam geworden. Das von Bayer unter 1 Geſagte erkenne ich nur für den Fall an, wenn der Product ſelbſt einen Gegenbeweis angetreten und durch dieſen für ſich unvollſtändig bewieſen hat.

Verzichtleistung auf die doch nur für ihn allein vortheilhaften Beweisresultate, den Relationsantrag zu erneuern, mit hinreichenden Gründen nicht bestritten werden zu können.

2) Hat der Product weniger als halben Beweis für sich und hatte er den freiwilligen Eidesantrag referirt, so ist jedenfalls dem Beweisführer der Reinigungseid aufzulegen, welcher ja materiell ohnehin mit dem ihm referirten Haupteide übereinstimmt. — Hatte aber der Product den Haupteid eventuell acceptirt, so ist zwar zunächst auch die Auflage des Reinigungseides begründet. Wenn jedoch der Product auf den für ihn sprechenden geringen Beweis verzichtet, so kann er verlangen, zur Ableistung des von ihm eventuell acceptirten Haupteides zugelassen zu werden. Ein Protestationsrecht von Seite des Deferenten kann hiergegen nicht als begründet erachtet werden, indem er sich die Zulassung seines Gegners zur Leistung des Haupteides selbst dann hätte gefallen lassen müssen, wenn der principale Beweis minder ungünstig für ihn ausgefallen wäre, nämlich, wenn er nur gar kein Resultat, also wenigstens doch kein positiv nachtheiliges für ihn geliefert hätte.

A. M. ist wegen analoger Anwendung des Grundsatzes der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel Bolgiano am angeführten Orte. Seite 213 unten."

Soweit Bayer a. a. O.

Hier habe ich zuvörderst zu bemerken, daß es mir nicht klar ist, ob Bayer das Dasein einer materiellen Gewissensvertretung d. h. den Fall unterstellt, wo ein directer Gegenbeweis angetreten ist. Ich muß dieses annehmen, weil sich sonst nicht einsehen ließe, wie man zu einem Erfüllungseide des Producten kommen wollte. Ist gar kein directer Gegenbeweis angetreten, und der Producent hat nicht nur nicht für sich, sondern sogar unvollständig gegen sich bewiesen, was soll dann da in aller Welt der Product noch zur Erfüllung schwören? Er hat ja keine Lücke in seinem Gegenbeweise auszufüllen, weil er überhaupt einen Beweis nicht geführt hat. Ein dem Producten zuerkannter Erfül-

lungseid in dem Falle, wenn dieſer einen directen Gegenbeweis nicht angetreten hat, und ſonach von einer materiellen Gewiſſensvertretung nicht die Rede ſein kann, iſt ein juridiſches Unding.

Ebenſowenig kann von einem Reinigungseide die Rede ſein, wenn der Product zwar einigen, aber weniger als halben Eid für ſich hat. Denn wer ſoll jenen ſchwören, m. a. W. wer ſoll ſich reinigen? — Doch nicht der Produkt? — Gewiß nicht! Denn für dieſen liegt ja ſchon einiger Beweis vor und der Reinigungseid findet nur in dem umgekehrten Falle, nämlich dann ſtatt, wenn gegen den Produkten ein unvollſtändiger Beweis vorliegt.

Oder der Beweisführer? — So meint Bayer, wenn er p. 984 unter Ziff. 2 ſagt:

> Wenn der Product den eventuellen Schiedseid referirt habe, ſo ſei dem Beweisführer der Reinigungseid aufzuerlegen, welcher ja materiell ohnehin mit dem ihm referirten Haupteide übereinſtimme.

Dieſer Anſicht muß ich auf das Entſchiedenſte widerſprechen; denn der Reinigungseid des Producenten hebt nur den gegen ihn ſprechenden Beweis auf; er begründet keinen neuen Beweis für ihn.

Minus 1 und plus 1 ſind gleich Null, nicht gleich + 2.

Ein Beiſpiel möge dieſes deutlicher machen:

> A klagt gegen B auf Zurückzahlung eines Darlehns von 100 Thlr., welches er dieſem in Beiſein des C geliehen haben will. Er giebt den C als Zeugen an und deferirt eventuell den Eid. Der C deponirt: der A habe dem B allerdings an dem angegebenen Orte und Tage 100 Thlr. überzahlt, allein nach der ausdrücklichen Erklärung des A habe mit dieſen 100 Thlr. eine Darlehnsſchuld getilgt werden ſollen, die der A dem B geſchuldet habe.

Wenn man nun dem A einen Reinigungseid auferlegen wollte, ſo könnte dieſer nur dahin lauten:

> es ſei nicht wahr, daß er bei Ueberzahlung der 100 Thl. an den B die erwähnte Erklärung abgegeben habe.

Was folgt daraus, daß er dieſelbe nicht abgegeben hat?

Nichts weiter, als daß er ihm 100 Thlr. gezahlt hat, keineswegs aber, daß dieſe ein Darlehn geweſen ſind.

Es iſt alſo ſchon die Behauptung Bayers nicht richtig, daß der Reinigungseid des Producenten mit dem demſelben referirten Haupteide ſtets übereinſtimme; es wird dieſes ſogar ſelten der Fall ſein, da der Reinigungseid auf ein Nichtſein einer poſitiven Thatſache, der dem Producenten referirte Eid aber auf ein Daſein einer ſolchen der Natur der Sache nach gerichtet ſein muß. Welchem Richter würde es einfallen, in dem oben gegebenen Beiſpiele den Reinigungseid des Producenten A ſo zu formuliren:

> Es iſt wahr, daß ich dem B an dem und dem Tage ein Darlehn von 100 Thlr. ausgezahlt habe?

Alſo mit der Identität des referirten Haupteides mit dem Reinigungseide des Producenten ſieht es mißlich aus, und will man conſequent ſein, ſo muß man wenigſtens ſo ſagen:

> Der Producent hat ſich zunächſt von dem gegen ihn erbrachten Beweiſe eidlich zu reinigen. Iſt dieſes geſchehen und ſonach in Bezug auf dieſen gegen ihn ſprechenden Beweis tabula rasa vorhanden, ſo iſt nun auf den Schiedeseid, jenachdem er acceptirt oder referirt iſt, zu erkennen.

Allein auch das halte ich, wie ich ſchon mehrfach ausgeſprochen und oben zu zeigen geſucht habe, für unſtatthaft, denn es liegt dann zu der Zeit, wo der Richter auf den Eid erkennt, immer eine gleichzeitige Cumulation des Eides mit andern Beweiſen vor.

Hierbei iſt es auch ganz gleichgültig, ob der Schiedeseid erſt nach erhobenem Beweiſe, oder ſchon vorher blos eventuell deferirt worden iſt; denn in jenem Falle iſt ſchon zur Zeit der Zuſchiebung eine wahre Cumulation des Schiedeseides mit den erhobenen Beweiſen vorhanden, und in dem letzteren nimmt ſie der Richter ſelbſt vor, indem er, obgleich über denſelben Punct ſchon poſitive Beweiſe vorliegen, noch auf einen mit den letztern in Widerſprnch ſtehenden deferirten Eid erkennt, und überdies die blos eventuelle Delation, obgleich der eventus nicht eingetreten iſt, für eine pura erklärt.

§. 9.

Ich komme nun zu dem Falle, wo eine materielle Gewiſſensvertretung vorliegt, d. h. wo der Product durch die von ihm producirten Beweismittel für ſich bewieſen hat. Dieſe hat überhaupt nur dann Wirkung, wenn der Probant nicht durch ſeine eigene Beweismittel vollſtändig oder unvollſtändig gegen ſich bewieſen hat, weil ſie blos eine eventuelle und durch die Zuläſſigkeit der Delation bedingt iſt. Hat aber der Producent weder für noch gegen ſich, wohl aber der Product durch ſeine Beweismittel unvollſtändig für ſich bewieſen, ſo treten die von der Gewiſſensvertretung geltenden Grundſätze ein.

> Iſt daher des Producten Beweis zur Vertretung ſeines Gewiſſens in ſo weit gelungen, daß ihm ein Erfüllungseid zuerkannt werden kann,

ſo iſt auf dieſen zu erkennen, und es iſt dabei nicht danach zu fragen: ob der eventuelle Eid acceptirt oder referirt worden iſt. Betrachtungen hierüber, wie ſie Bayer a. a. O., pag. 983 auf der erſten Hälfte dieſer Seite anſtellt, ſind überflüſſig; denn ehe es zum eventuellen Schiedseide kommen kann, muß doch erſt feſtſtehen, daß die Gewiſſensvertretung mißlungen ſei, und das iſt nicht der Fall, wenn der Product bis zum Erfüllungseide bewieſen hat. Das Recht auf denſelben kann ihm am wenigſten durch Gründe entzogen werden, die von einem gar nicht eingetretenen eventus hergenommen ſind.

> Hat der Product dagegen weniger als halb erwieſen, ſo kann nach gemeinem Proceſſe ebenfalls weder von einem Erfüllungs- noch von einem Reinigungseide die Rede ſein

Das ſteht feſt. Denn der Product hat noch einigen Beweis für ſich, er braucht ſich daher von nichts zu reinigen und ein Erfüllungseid kann ihm nicht auferlegt werden, weil er nicht einmal halben Beweis für das contrarium des Beweisſatzes für ſich hat. Der Producent hat aber keinen Anſpruch auf einen Erfüllungseid, weil gegen ſein thema probandum bewieſen iſt.

Es könnte ihm daher nichts weiter auferlegt werden, als ein

Reinigungseid, durch welchen der weniger als halbe Beweis den der Product für ſich hat, zwar beſeitigt, aber noch immer nichts für den Producenten bewieſen würde.

Wie iſt nun in einem ſolchen Falle zu entſcheiden? Darauf läßt ſich weiter nichts antworten, als daß nun die Grundſätze Platz greifen müſſen, die bei der Gewiſſensvertretung über die Befugniß des Delaten, zur Ableiſtung des Schiedeseides ſich noch zu erbieten, gelten. Von einer Relation des Eides kann, wie aus dem Obigen erhellet, theils um deswillen nicht die Rede ſein, weil der alsdann von dem Producenten abzuleiſtende Schiedeseid mit dem Ergebniſſe anderer Beweismittel collidiren, alſo ein Fall vorliegen würde, wo gegen einen directen, wenn auch unvollſtändigen Beweis der Eid deferirt wird, denn die Gewiſſensvertretung iſt der directe Beweis des Gegenſatzes des thema jurandum; theils um deswillen nicht, weil der richtigern Anſicht nach die Wahl zwiſchen Annahme oder Relation des Eides ſelbſt nach dem gemeinen Proceſſe nicht zuläſſig iſt, ſondern der Delat nun ſchwören muß.

Zum Beweiſe deſſen berufe ich mich auf die in jeder Hinſicht überzeugende Ausführung

> Heimbachs in den juriſtiſchen Abhandlungen von Ortloff, Heimbach und Vermehren, „Beiträge zu der Lehre von der Gewiſſensvertretung" Bd. II. 1857, pag. 204—271,

der ich den §. 8. entlehne, der folgendermaßen lautet:

> „Die meiſten Lehrer des gemeinen Proceſſes verſtatten nach verfehlter Gewiſſensvertretung die Wahl zwiſchen Annahme oder Relation des Eides*). Es iſt dies aber in Bezug auf die Relation des Eides unrichtig; dieſe kann der Delat nach verfehlter Gewiſſensvertretung nicht mehr vornehmen. Von denen, welche entgegengeſetzter Anſicht ſind, wird die Thatſache gänzlich ignorirt, daß zu der Zeit wo die Ge-

*) Vgl. z. B. Malblanc., doctr. de jurejurando §. LVIII. Glück a. a. O., S. 334. Martin a. a. O., S. 228. Linde Civ. Proc. §. 308 und Abh. Bd. 1, S. 84 f. Schmid a. a. O., S. 368. Bayer a. a. O., S. 902.

wiſſensvertretung aus dem ſächſiſchen Proceſſe in den gemeinen überging, und dieſer Uebergang zur vollendeten Thatſache wurde, im 17. Jahrhundert, in Sachſen es längſt und zwar ſchon in der letzten Hälfte des 16. Jahrhunderts feſtſtand, daß nach mißlungener Gewiſſensvertretung nur der Regreß zur Eidesleiſtung nicht aber die Befugniß zur Relation zuſtehe. Schon in den Conſtitutionen von 1572 iſt dies unzweideutig anerkannt[1]), ſo wie auch in der Proceßordnung von 1622[2]); und auch die übrigen ſächſiſchen Proceßgeſetze verſtatten nur den Rücktritt zum Eide, nicht die Relation[3]). Es war dies auch unbeſtritten ſächſiſche Praxis[4]). Dies hängt damit zuſammen, daß der Delat verpflichtet war, ſich auf den geſchehenen Eidesantrag entweder vor dem Urtheil zu erklären, oder ſich ſeine Erklärung vor demſelben vorzubehalten, und ſolche dann binnen acht Tagen nach Rechtskraft des auf den Eid erkennenden Urtheils dahin abzugeben, daß er den Eid entweder ſelbſt ſchwören, oder referiren, oder ſein Gewiſſen mit Beweis vertreten wolle, und, wenn er dies unterläßt, nicht weiter zur Relation gelaſſen werden ſoll[5]). Der Delat hat demnach die Wahl zwiſchen Acceptation oder Relation des Eides, oder Gewiſſensvertretung, ſo daß, wenn er einen dieſer Wege gewählt hat, der andere ausgeſchloſſen iſt. Abgeſehen von dieſer ausdrücklichen Beſtimmung der ſächſiſchen Geſetze, ſcheint die Sache ſich im gemeinen Proceſſe auch nicht anders zu verhalten. Auch dort hat man die Wahl

1) Const. 14. P. 1. Vgl. Note 50.

2) Kurſ. Pr. O. von 1622, Tit. 19, §. 2. „Wenn er aber nicht genugſam erwieſe, alsdann vermöge gemeiner Practicen dieſer Lande, den deferirten Eid nochmals zu ſchwören ſchuldig ſein."

3) Erneſt. P. O. P. I., Cap. 9, §. 18. Eiſen. P. O., Tit. X, §. 15. Rudolſt. P. O., P. I, Tit. 11, §. 3.

4) Carpzov, Jurisprud. for. P. I, Const. 14. Defin. 19 und Process. jur. Tit. XI, Art. V, § 7. Martini, Comm. ad ordinat. proc. Saxon. Tit. XIX, §. 2, n. 41. 42.

5) Kurſ. Pr. Obg. von 1622, Tit. 18, §. 8. Erneſt. P. O., P. I, Cap. 9, §. 9. 17. Eiſen. P. O., Tit. X, §. 6. 14. Rudolſt. P. O., P. II, Tit. 10, §. 12.

zwiſchen dieſen drei Wegen. Wer Gewiſſensvertretung wählt, giebt mit Beſtimmtheit zu erkennen, daß er ſelbſt ſchwören wolle, wenn der Beweis mißlingt. Denn er unternimmt ja die Gewiſſensvertretung zu dem Zwecke, um ſich der Nothwendigkeit des Schwures zu entheben. Wollte er den Deferenten zum Schwur laſſen, ſo brauchte er ihm ja nur den Eid zu referiren. Es liegt daher in der Wahl der Gewiſſensvertretung zugleich immer eine eventuelle Acceptation des Eides für den Fall des Mißlingens des unternommenen Beweiſes. Auch der Urſprung der Gewiſſensvertretung führt nothwendig darauf hin. Sie iſt eingeführt, um den nach dem alten Grundſatze, daß man bekennen oder ſchwören müſſe, im Falle des Leugnens Schwurpflichtigen des Schwurs zu entheben; ſie konnte ſich immer nur auf den eignen Eid deſſen, welcher bekennen oder ſchwören ſollte, beziehen. Wenn nun in Folge der Reception des fremden Rechts die Befugniß zur Eidesrelation noch hinzutrat, ſo iſt dadurch die urſprüngliche Bedeutung der Gewiſſensvertretung nicht verändert, ſondern neben derſelben nur ein zweites Mittel zur Abwendung des Eides eingeführt worden, zwiſchen welchem und der Gewiſſensvertretung derjenige, deſſen Eid verlangt wird, die Wahl hat. Wählt er Gewiſſensvertretung, ſo thut er dies, um ſich vom Eide zu befreien; es liegt in dem Zwecke derſelben, daß er ſchwören muß, wenn der Beweis mißlingt. Es ſchließt alſo die Wahl der Gewiſſensvertretung die Relation für immer aus. So hat ſich das Verhältniß beider Befugniſſe ganz folgerichtig in Sachſen bereits im 16. Jahrhundert ausgebildet.“ Soweit Heimbach.

Hatte der Delat ſchon früher den eventuellen Eid gleichwohl eventuell referirt, ſo würde man die Relation für nicht geſchehen annehmen, und ihn ſchon um deswillen noch zur Ableiſtung des ihm deferirten Eides zulaſſen müſſen, weil er ja nicht wiſſen konnte, wie die Be- und Gegenbeweisführung ausfallen würde; den Relaten aber darf man um deßwillen nicht zum referirten Eide laſſen, weil deſſen Inhalt mit dem gegen ihn vorliegenden unvollſtändigen Beweiſe collidirt.

§. 9.

Doctrin und Praxis haben den Satz sanctionirt: daß bei eventuell gebrauchtem Schiedeseide der angetretene directe Gegenbeweis als Gewissensvertretung zu betrachten sei. Das weim. Gesetz ebenfalls. Daraus folgt meiner Ansicht nach mit Nothwendigkeit, daß auch die processualen Grundsätze, die bei der Gewissensvertretung gelten, unbedingt Anwendung finden müssen.

Hiernach gestaltet sich nun die Sache nach den verschiedenen Gesetzgebungen, jenachdem diese nach verfehlter Gewissensvertretung dem Delaten die Ableistung des Schiedeseides noch gestatten oder versagen, ganz verschieden.

Die alte Churſächs. Proc. Ordg. von 1622 läßt den Delaten noch zur Ableistung des Schiedeseides zu, eine Relation derselben ist aber nicht statthaft.

Wetzell a. a. O., §. 27, Not. 38.

Heimbach a. a. O.

und das muß natürlich auch bei eventuell zugeschobenem Eide gelten, wenn der Delat nicht einen solchen Beweis für sich hat, daß ihm der Erfüllungseid bezüglich seiner Gewissensvertretung zuerkannt werden kann.

Da wo die Erl. Churf. Pr. Ordg. gilt, findet der Rückgriff zum Eide nach verfehlter Gewissensvertretung nicht mehr statt, und das gilt ebenfalls von der eventuellen Eidesdelation im Neustädter Kreise des Großherzogthums, wo die Erl. Proc. Ordn. Anwendung findet. Hier muß nun aber auf einen Reinigungseid des Deferenten erkannt werden, der sich von dem gegen ihn aus der Gewissensvertretung des Producten vorliegenden Beweise reinigen muß; denn es wird alsdann angenommen, als habe der Product das, was er sich zu beweisen angemaßet, nicht erwiesen und es sei nun das Gegentheil hiervon, nämlich das thema probandum des Deferenten vollständig bewiesen.

Erl. Proc. Ordn. ad Tit. XIX, §. 1.

§. 10.

Der Hauptfall der Anwendbarkeit des eventuellen Eides ist und wird der bleiben, wenn der principale Beweis (der directe

Beweis allein) oder dieser und der Gegenbeweis zugleich gar kein Resultat geliefert haben.

Aber es fragt sich: Ob diesem Falle auch der gleich zu achten ist, wenn eine Collision der Ergebnisse der Beweismittel eintritt. Ich glaube diese Frage bejahen zu müssen, aber nur unter der Voraussetzung, daß sich beide Beweisführungen vollständig gegenseitig aufheben. Denn ist dieses der Fall, so liegt weder der Fall einer verbotenen Cumulation des eventuellen Eides, noch der einer Collision seines Inhaltes mit anderen Beweisen vor, weil die sich entgegengesetzten Ergebnisse beider Beweisführungen als nicht existirend anzusehen sind.

Ist und bleibt aber auf der einen Seite ein Uebergewicht, so treten die vorher festgestellten Folgen ein.

Das Resultat meiner Erörterungen, insoweit sie von denen Bayers und Bolgianos abweichen, stelle ich in Folgendem zusammen:

I. Ueber die Frage: ob eine verbotene Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln vorliege, läßt sich bei dem eventuellen Schiedseide erst nach aufgenommenem Be- und Gegenbeweise urtheilen.

II. Gegenüber einem eventuell deferirten Eide kann in erster Reihe von einer Gewissensvertretung niemals die Rede sein, sondern sie ist, gleich der Eideszuschiebung nur eventueller Art, und muß wegfallen, wenn sich die Eidesdelation als unzulässig darstellt.

III. Eine materielle Gewissensvertretung ist nur anzunehmen, wenn ein directer Gegenbeweis angetreten worden ist.

IV. Liegt am Schlusse des Beweisverfahrens das Resultat vor, daß der Producent durch seine Beweismittel allein, oder in Verbindung mit denen des Producten unvollständig gegen sich bewiesen habe, so ist der letztere zu entbinden, ohne daß es zum eventuellen Eide kommt.

z. E. Zwei verdächtige Zeugen, der eine vom Producenten, der andere vom Producten benannt, ſagen das Gegentheil des thema probandum aus.

V. Hatte der Producent weder für noch gegen ſich, wohl aber der Produkt durch ſeine Beweismittel für ſich unvollſtändig bewieſen, ſo treten die Grundſätze über Gewiſſensvertretung ein und es iſt:

1) dem Producenten ein Erfüllungseid zuzuerkennen, wenn der hierzu erforderliche Grad des Beweiſes für ihn vorliegt; dagegen hat er

2) wenn er nur einen geringen Grad des Beweiſes für ſich hat, den eventuell deferirten Eid ſchlechthin abzuleiſten, ohne daß die etwa ſchon erfolgte Relation deſſelben zu berückſichtigen iſt. (Eine Ausnahme hiervon findet nach der ſächſ. Erl. Pr. Ordnung ſtatt. S. den vorigen §. am Ende.)